ceßgesetze die consequente Strenge achten, womit die Anwendung der ertheilten Vorschriften gesichert wird.

Wenn auch die Erfahrung zu einzelnen Modificationen rathen sollte, so ist es doch nun nicht schwer, auf solche Grundlagen, und bei vortrefflich besetzten Obergerichten, ein umfassendes, alle wahren Bedürfnisse befriedigendes Gesetz zu gründen.

XVIII.

Gehen die Erben des nach der Delation aber vor der Acquisition verstorbenen Legatars dem Substituten vor oder nicht?

An einem Rechtsfall erläutert von Herrn S. W. Zimmern, ordentl. Professor in Jena.

Bekanntlich geht das durch Delation erworbene Recht zur Antretung einer Erbschaft nur ausnahmsweise auf die Erben über, im Allgemeinen durch in integrum restitutio (decretalis bonor. possessio bei prätor. Erbschaft) und (nach einer Verordnung Justinians) während eines von erfahrener Delation an zu berechnenden Jahres. Daß dieses s. g. Transmissionsrecht den Vorzug haben müsse vor dem Anspruche eines Substituten, ist eine schon seit der Zeit des Bartolus herrschend gewesene [1]), erst von A. Faber [2]) und späterhin von Crell [3]) bestrittene, aber von Thi-

---

1) Vergl. *Duaren.* ad Tit. D. de vulg. et pupill. subst. cap. 10. *Fachinei* Controv. IV, 62.

1) *A. Faber* de errorib. Pragmatic. Dec. 34, Err. 4, 5, 7, 8.

3) *Crell* utrum herede instituto intra tempus deliberandi mortuo substitutus admittatur? Vitemb. 1734.

baut [4]) wieder vertheidigte und seitdem nicht mehr in Zweifel gezogene Meinung [5]). Ob aber auch dem Substituten eines Legatars derjenige vorzuziehen sei, auf welchen ein bereits deferirtes und nur nicht acquirirtes Legat transmittirt wird? Diese Frage gehört zu den auffallender Weise in unserer juristischen Literatur gänzlich vernachlässigten. Der Verfasser dieser Abhandlung ist zu einer Untersuchung darüber erst durch einen Rechtsfall veranlaßt worden, über welchen er im Namen des Schöppenstuhls zu Jena ein Gutachten auszuarbeiten beauftragt war. — Der Fall ist — soweit er hier besprochen werden soll — folgender. A testirt, macht den B zum Universalerben, will aber, daß die Immobilien des Nachlasses nach dem Tode des B an 6 unter einander verschwisterte, mit dem Testator in entferntem Grade verwandte Personen restituirt werden. »Sollte eines »dieser 6 Geschwister und substituirten Erben (nach des Te»stators Ausdruck) mit Tode abgehen, so wolle und verordne »er, daß dessen Theil die übrigen Geschwister zu gleichen »Theilen erben und überkommen sollten, wie er denn über»haupt dies verordnet haben wolle auf den Fall, wenn meh»rere dieser Kinder mit Tod abgehen sollten, als in welchem »Falle die Antheile der Verstorbenen die noch Lebenden er»ben, und sie daher einander substituirt seyn sollen.« Von diesen sechs Geschwistern sterben zwei nach des Erblassers, aber vor des Erben (B) Tode, und es wird unter anderen die Frage aufgeworfen:

1) Ist jene Stelle des Testamentes so wörtlich zu nehmen, daß den Familien der verstorbenen Geschwister der An-

4) Thibaut Versuche Bd. 1. nr. 13. 2te A. S. 209 fgg.

5) Z. B. *Günther* princip. juris Rom. §. 760. v. Berg jurist. Beob. u. Rechtsfälle Bd. 2. nr. 13. Mackeldey Instit. §. 495 a. E. Schweppe röm. Privatr. §. 877 a. E. *Mühlenbruch* Doctr. Pandectar. §. 515 in fin. v. Wening Lehrb. des Civilrechts Band 3. Buch 5. §. 272. Seuffert Lehrb. des Pandectenrechts §. 574 a. E.

theil an den Immobilien entzogen und den vier überlebenden Geschwistern ausschließlich zugetheilt werden muß?

2) Wer würde, wenn alle sechs Geschwister vor dem eingesetzten Erben, mit oder ohne Hinterlassung von Kindern gestorben wären, die nachgelassenen Immobilien erhalten?

Der zur Beurtheilung vorgelegte Fall ist also juristisch so zu fassen: sechs Geschwister sind dem Erben hinsichtlich der praedia fideicommissarisch, unter einander aber in den vermachten Gegenständen vulgariter, insbesondere reciproce substituirt. — Falls nun hier der Todestag des Erblassers auch der Tag der Delation des Vermächtnisses, der dies cedens, war, so daß also der Tod des Fiduciars nur über den dies veniens entschied, so ist das Legat auch schon von jenem ersten Tag an transmissibel gewesen, und es entsteht folglich die Frage, ob aber auch die Substituten dem s. g. Transmissarius nachstehn müssen? Ziehen wir dem Buchstaben des Testaments zufolge die Substituten vor, so würde, wenn fünf Geschwister vor dem Fiduciar verstorben wären, der sechste das Ganze erhalten, und wenn nun auch dieser stirbt, so würde, in Ermangelung aller Substituten, nur auf seine Familie das Vermächtniß transferirt werden. Ob das billig, ob dem vermuthlichen Willen des Testators gemäß sey? bedarf wohl kaum der Erörterung. — Vorerst aber fragt sich freilich, ob nicht etwan erst mit dem Tode des Erben das Vermächtniß deferirt gewesen? Es war in diem ertheilt, so daß es also darauf ankömmt, ob der dies als certus oder als eine in Form eines dies eingekleidete Bedingung (dies incertus) zu betrachten sey? Ziehen wir über diese Frage: welcher dies gilt als incertus? unsere Lehrbücher der Pandecten zu Rathe, so erhalten wir weder gleichförmige noch genügende Antwort. Nach Thibaut [6]) gilt ein Vermächtniß, hinterlassen »von einem in aller Rücksicht gewissen Tage dem unbedingten gleich« — »ist aber der

6) Am a. O. §. 790, III.; vergl. §. 805 im Anf.

Tag in Ansehung der Frage, wann er existiren? oder ob der Honorirte ihn erleben wird? ungewiß: so ist es als Bedingtes zu behandeln.« Das Gegentheil findet man bei Wening [7]): »ein dies certus sey jedesmal vorhanden, wenn über das ob und wann Gewißheit besteht, obgleich es ungewiß ist, daß ihn der Honorirte erlebt. Von beiden weicht wieder Schweppe [8]) ab, wenn er sich also ausdrückt: »Ist es noch ungewiß, ob der dies überhaupt eintreten werde, so ist derselbe als Bedingung zu behandeln; ist dies gewiß, und nur etwa noch das wie bald? unentschieden, so suspendirt der dies a quo zwar die Geltendmachung, aber nicht den Erwerb.« Diese Ansicht, daß der blos der Zeit seines Eintritts nach ungewisse Tag als dies certus gelte, welcher Thibaut im allgemeinen Theile [9]) ebenfalls huldigt, wird von Schweppe bei letzten Willensordnungen nicht modificirt, aber von Wening auch im Allgemeinen verworfen [10]). Mühlenbruch bemerkt bei der Frage: quando dies legati cedit? blos, es komme darauf an, ob der dies instar conditionis sey [11]), und die Frage: wann dies der Fall sey? beantwortet der allgemeine Theil, und zwar also: »Quodsi id solummodo, *quando* sit extiturus [12]), in incerto sit, ultimae quidem voluntates itidem *plerumque* diei adjectione fient conditionales«; desgleichen Warnkönig [13]): »Dies incertus an extiturus sit, conditionem facit, certus vero, an incertus autem, quando, *plerumque* conditioni non aequiparatur, sed eandem habet vim ac si omni ratione esset cer-

7) A. a. O. §. 79; vergl. §. 207.
8) A. a. O. §. 120.
9) A. a. O. §. 127.
10) A. a. O. B. 1. §. 140 a. E.
11) L. c. §. 538.
12) L. c. §. 102.
13) *Commentarii* jur. Rom. priv. T. I. Leodii 1825. §. 149. b.

tus.« Ueberhaupt ist diese, auch von Seuffert [14]) angenommene Meinung, daß blos die Ungewißheit, wann ein Tag eintreten werde, nicht bedinge, die auch in älterer Zeit herrschende gewesen [15]). — Nimmt man indessen mit Thibaut und auch Seuffert jeden Tag als ungewiß, den der Legatar vielleicht nicht erleben würde, so wäre nur ein einziger Fall denkbar, in welchem das Legat als unbedingtes gelten könnte, nämlich das auf den Todesfall des Legatars hinterlassene, welches allerdings mit des Testators Tode deferirt und folglich transmissibel wird [16]). Dennoch ist ungewiß, wann dieser Tag eintreten werde, so daß Wening durch seine Prämissen genöthigt wäre, diesen Fall als Ausnahme zu behandeln [17]). Soll aber blos die Ungewißheit, ob, nicht die, wann der Tag eintreten werde, als Bedingung gelten, wie konnten die Römer sagen: »si cum heres morietur legetur, conditionale est?« Also würde dennoch mit Thibaut [18]) angenommen werden müssen, daß schon die Ungewißheit, ob der Legatar den Tag erlebe, den dies zum incertus mache, mithin, daß es in der That nur einen einzigen dies certus gebe? Allein auch bei einer bestimmten Frist (intra certum dies, post decennium u. s. w.) sagen die Römer, es sey der dies ein certus und cedire also mit des Testators Tode [19]), und hier ist ja eben so wenig, als bei dem (der Entfernung nach unbestimmten) Todestage

14) A. a. O. §. 611 a. E.

15) So z. B. *Günther* l. c. §. 881.

16) L. 4. §. 1. D. quando dies legat. ced.

17) Am a. O. §. 79 a. E. »Wenn indessen dem Honorirten sein eigener Todestag als Termin gesetzt ist, so gilt dieser, obgleich in Ansehung des wann Ungewißheit besteht, nicht als Bedingung, sondern als Termin, u. s. w.

18) L. 4. pr. L. 13. D. eod. L. 1. §. 2. L. 79. §. 1. de condition.

19) L. 21. pr. L. 22. §. 1. f. D. quando dies leg. L. 26. pr. de usu et usufr. legat.

des Erben gewiß, ob ihn der Legatar erleben werde? Ferner wenn die Erwerbung des Vermächtnisses von einem gewissen Alter des Legatars abhängig gemacht ist, also bei einer und derselben Art von Zeitbestimmung, so wird nach Umständen dieser dies bald als certus, bald als incertus betrachtet, also bei früherem Tode eine Transmission auf des Legatars Erben bald angenommen, bald abgesprochen [20]). Es liegt nämlich auch bei unserer Frage wieder, wie so oft, der Grund, warum man nicht zu einer Einheit und Klarheit der Ansicht zu kommen vermochte, lediglich darin, daß man eine blos faktische wie eine Rechtsfrage behandelt, und allgemeine Grundsätze gesucht hat, wo nur relative zu finden sind. Daß das Legat alsdann, wenn der Testator nicht das Recht auf dieses selbst, sondern nur die Zahlung hinausschieben wollte, nie unbedingtes sey, darüber ist man einverstanden. Allein grade nur durch diesen Satz allein ist im Grunde unsre ganze Frage gelöst. Ein sub die certo hinterlassenes Legat ist nichts als ein blos seiner Erfüllung nach in die Zukunft gestelltes Vermächtniß, und die Frage: welcher Tag ist aber ein dies certus? kann nur so beantwortet werden: derjenige, von dessen Eintritt der Anspruch aufs Legat selbst keineswegs abhängen soll, und umgekehrt als bedingt ist ein Legat jedesmal dann zu betrachten, wenn des Testators Absicht dahin ging, den Erwerb des Rechts selbst von einem Umstande abhängig zu machen. Darüber entscheidet aber weder die Ungewißheit, ob der Tag eintreten werde (denn bei der Clausel: „sofern A das 25jährige Alter erreicht haben wird, soll er das und das erhalten," ist der Eintritt dieses Zeitpuncts ungewiß, und dennoch kann bei früherem Tode Transmission eintreten müssen), noch die wann er eintreten werde (denn ein vom Todestag des

20) Jenes in L. 26. §. 1. D. quando dies leg. L. 46. D. ad Sct. Treb. L. 5. C. quando dies leg. ced.; dieses in L. 21. pr. L. 22. pr. D. eod.

Erben abhängiges Vermächtniß gilt als Bedingung), noch der bis auf Einen Fall immer ungewisse Umstand, ob der Legatar den Tag erleben werde: sondern das allein entscheidet, ob der Testator wollte, daß der Legatar den Tag erleben müsse. Diese Frage nach der Absicht läßt sich aber doch zur quaestio juris nur insoweit machen, als man bald die eine, bald die andere Absicht präsumiren kann. Auch nur so meinen es die Römer, wenn sie annehmen, daß ein auf den Todestag des Erben hinterlassenes Legat, nämlich in der Regel, ein bedingtes sey, d. h. daß im Zweifel die Meinung gewesen, der Legatar müsse den Testator überleben, um einen Anspruch zu erhalten — daß ein nach einer angegebenen Zahl von Tagen oder Jahren zu entrichtendes Vermächtniß blos den Zahlungstag hinausschiebe, d. h. daß man dabei im Zweifel glaubt, der Testator habe keineswegs grade das Erleben des Termins für nöthig erachtet — wogegen es schon bedenklicher ist, ob der auf ein gewisses Alter des Legatars Rücksicht nehmende Testator der Meinung sey, das Recht auf das Vermächtniß davon abhängen zu lassen, daß man auch wirklich so alt werde, was als Regel von den Römern bejaht worden ist, oder ob er nicht »prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permississe, quam incertum diem fideicommissi constituisse videatur?« [21]) In diesen Worten liegt der Beweis, daß die Frage, ob der Testator blos die Zeit der Zahlung in die Zukunft, oder das Recht selbst ins Ungewisse habe stellen wollen, nicht neben der anderen, wann ein dies certus oder incertus sey? sondern gradezu nur statt derselben oder als identisch mit derselben aufgestellt werden kann, kurz daß von dieser Frage nach der Absicht des Testators gradezu die ganze Beantwortung abhängt. Drei oben Note 20. angeführte Stellen sind es, in welchen angenommen wird, daß Transmission, auch wenn

21) L. 46. fin. D. ad Sct. Trebell.

der Legatar das im Testamente vorausgesetzte Alter nicht erreicht, Statt finde. Zwei von diesen Stellen entscheiden nämlich über ein dem eigenen Kinde des Testators gegebenes Vermächtniß, und in der dritten wird aus einer sogleich beginnenden Zinszahlung auf des Testators Absicht, das Vermächtniß selbst nicht ungewiß zu machen, geschlossen.

Dafür nun, daß auch in unserem Falle des Testators Meinung keine andere gewesen, als die Auslieferung der Immobilien, nicht aber auch den Anspruch selbst vom Tode des Fiduciars abhängen zu lassen, mit anderen Worten, daß der dies nicht als incertus gelten könne, dafür sprach die den Fall des früheren Todes allerdings beachtende, aber deshalb dennoch nicht den Fiduciar begünstigende wechselseitige Substitution, eine andere Stelle des Testaments, aus der ersichtlich war, daß der Testator daran, als könnten alle sechs Geschwister vor dem Erben sterben, gar nicht gedacht hatte, der einmal gebrauchte Ausdruck: das Recht des Erben sollte nur in einem lebenslänglichen Genusse bestehen, ferner die große Jugend der sechs Geschwister, denen nur noch nicht die Selbstverwaltung anvertraut werden konnte, verbunden mit einer anderen Verordnung des Testators, daß auf keinen Fall etwas von den Grundstücken veräußert werden dürfe, bis das jüngste Kind 25 Jahre alt seyn würde, und daß diese Fideicommissäre mit dem Testator verwandt waren, ja seine nächsten Intestaterben zu seyn schienen. Regel ist es ohnehin, daß mit des Testators Tode dies legati cedit, und da nicht ein Anspruch des Erben des Testators, sondern der Vorzug in Frage stand, welchen gewiß unbilliger Weise die überlebenden Legatare gegen die Kinder der verstorbenen machten, so war unter diesen Umständen die Vorfrage dahin zu beantworten, »daß mit dem Tode des Testators das Vermächtniß den sämmtlichen sechs Geschwistern deferirt, und folglich auch von da an transmissibel war.« — Dabei ist nun freilich so viel außer Zweifel, daß wenn Eines der Geschwister vor dem Testator verstorben wäre, die anderen als Substituten eintreten muß-

ten, und wenn erst nach des Erben Tode, also nach bereits vollendeter Acquisition, die Substituten ausgeschlossen werden. Allein wie verhält es sich in dem wirklich eingetretenen Fall, daß ein Bruder in der Zwischenzeit, also nach dem cedens vor dem veniens dies verstorben war? Gebührt dem Transmissionsrecht oder dem Anspruch der Substituten der Vorzug? Der wahre civilistische Grund, welcher für die Bejahung dieser Frage bei deferirter Erbschaft spricht, liegt im Charakter des Transmissionsrechts, wonach mit dem Tode des Individuums nicht auch sein jus adeundi untergeht, so daß also das den Eintritt des Substituten bedingende Wegfallen der zur Antretung berechtigten Person insofern nicht Statt hat, als eben dieser Persönlichkeit des verstorbenen Individuums auch hinsichtlich des Antretungsrechtes eine Fortsetzung zu Theil wird. Dieser Vorzug des Transmissionsrechts wird bei Erbschaften noch durch ein ausdrückliches Zeugniß unterstützt [22]), hingegen fehlt es ganz an einer die Concurrenz dessen, auf den ein Vermächtniß transmittirt wird, mit des Legatars Substituten berücksichtigenden Stelle; es müssen also Analogien und allgemeine Grundsätze entscheiden. Nun bleibt jener civilistische Grund nicht nur bei Transmission der Legate wie der Erbschaften ganz derselbe, sondern es kömmt hinzu, daß der dies cedens die Legate nicht blos transmissibel macht, sondern die ganze Frage, wer das Vermächtniß haben soll? entscheidet. Später eintretende Veränderungen der Verhältnisse bleiben ohne Einfluß, und nichts als noch die wirkliche Perception, das definitive Auszahlen, ist noch vom venire des dies abhängig. Dafür liegt der Beweis

1) in Stellen [23]), wonach (wie in unserem Falle) mehreren Personen einzelne Gegenstände fideicommittirt waren, und die Frage, ob der Fiduciar früher auszahlen dürfe,

22) L. un. §. 13. C. de cad. toll.

23) L. 114. §. 11. de leg. 1. L. 77. §. 10. de leg. 2.

als er müsse, insofern als vor dem *dies cedens* ausbezahlt werden wolle, verneint wird, weil unterdessen Einige der Fideicommissäre versterben könnten. Also das Wegfallen nach dem dies cedens kann keine Veränderung bewirken, d. h. die Erben eines nun verstorbenen Fideicommissars gehen den Mitberufenen vor.

2) Wenn der zur Zeit des dies cedens filius familias gewesene Legatar auch vor dem dies veniens sui juris wird, so können dadurch doch seines Vaters nun bereits begründete Rechte am Vermächtniß nicht verändert werden[24], vielmehr muß der Sohn durchaus schon damals sui juris gewesen seyn, um einen vollständigen, auf seine Erben transmissibeln Anspruch aufs Vermächtniß zu erhalten[25]. Daher kommt

3) der mit Rücksicht auf die römische Entscheidung der Vorfrage: *quando* dies legati cedit? leicht zu erkennende Grund, welcher die Römer bei der ganzen Sache bestimmt hat. Bei Erbschaften ist nämlich das durch Delation erlangte Recht, das jus adeundi, dem regelmäßigen Grundsatze nach nicht transmissibel, ein s. g. höchst persönliches; denn jeder berufene Erbe mag sich diesen Nachtheil verzögerter Antretung selbst zuschreiben, oder es soll ihn der den Seinigen drohende Verlust zu schnellerer Antretung bestimmen, was ja den Römern so am Herzen lag, daß man ehemals noch ganz anderen Nachtheilen bis zur Antretung unterworfen blieb[26]. Sind aber selbst bei der die Creditoren so sehr interessirenden Erbschaftsantretung Ausnahmen in solchem Um-

24) L. 5. §. 7. L. 14. §. 3. D. quando dies leg. ced.

25) L. 5. C. de cond. insert. tam leg. quam fideic.

26) Gaj. II. 52 sqq. „Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent — et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur."

fange, daß sie fast die Regel untergraben, für billig erachtet worden, so mußte man bei Legaten noch viel weiter gehen. Diese nämlich können aus bekannten Gründen nie früher als die Erbschaft erwerben, so daß man insofern erwarten sollte, daß sie auch nicht früher angeboten werden. Allein alsdann würde das Schicksal des Legatars in die Willkühr des mit der Antretung säumigen Erben gestellt seyn! es würde von diesem abhängen, ob der Legatar noch dem Glückswechsel veränderter Verhältnisse ausgesetzt bliebe oder nicht. Eben darum aber, damit der Legatar nicht durch fremde Zögerung leide, damit nicht ein Anderer, als der Testator, der allein dieses Recht haben kann, auf das Schicksal des Vermächtnisses Einfluß ausübe, nahmen die Römer an, daß jedes nur überhaupt transmissible und nicht von andern Umständen als von der Erbantretung abhängige Vermächtniß mit des Erblassers Tode eine für den nun vorhandenen Legatar und seine Nachfolger unveränderliche Bestimmung erfahre, wenn auch das juristisch gleichgültige Factum der Erwerbung selbst (dies veniens) in die Zukunft gestellt werden müßte. Wenn dagegen des Testators Wille das Vermächtniß ungewiß macht, wenn also nur ein troz der Erbantretung unsicherer Anspruch verliehen worden ist, dann freilich ist weder Grund noch Befugniß da, die Delation früher eintreten zu lassen.

So ist es denn auch erklärt, warum grade bei unbedingt ertheilten Legaten der dies cedens, troz der noch nicht möglichen Acquisition mit des Erblassers Tode eintritt — warum die Frage, ob ein Vermächtniß als bedingt oder nicht anzusehen sey, nur nach der Absicht des Testators beantwortet werden kann — und warum überhaupt der dies cedens und nicht auch noch der dies veniens das endliche Schicksal des Legats entscheidet. Daher kann man selbst die Fähigkeit zur Erwerbung eines Vermächtnisses nur zu jener und nicht zugleich zu dieser Zeit verlangen, eine freilich nicht herr-

schende, aber, wie neuerdings wieder gezeigt worden ist [27], gewiß wichtige Meinung.

Ist also das Recht auf Acquisition schon mit der Delation ein in jeder Hinsicht festes, ist das deferirte Vermächtniß bis auf die Aeußerlichkeit des wirklichen Genusses so gut wie acquirirt zu betrachten, und ist mithin die Transmission auf die Erben des nach der Delation verstorbenen Legatars nicht wie bei deferirter Erbschaft ausnahmsweise, sondern regelmäßig gestattet; so leidet der Vorzug jener Erben vor den Substituten so wenig einen Zweifel, als ein solcher Statt finden könnte, wenn der Legatar nach der wirklichen Acquisition versterben würde.

XIX.

Steht dem Pfandschuldner das beneficium excussionis reale zu, wenn er seinem Gläubiger neben der Generalhypothek eine specielle bestellt?

Beantwortet von Herrn Dr. F. C. Th. Hepp, Privatdocenten d. R. zu Heidelberg.

Wir betrachten hier die Frage: wenn ein Schuldner seinem Gläubiger neben der Generalhypothek noch ein besonderes Pfandrecht auf eine einzelne Sache derselben Masse constituirt, welche Wirkung ein solches pactum unter den Partheien habe? ob nämlich der Gläubiger in seinem Wahlrechte dadurch beschränkt werde, sich also gefallen lassen müsse, von dem Pfandschuldner zuerst auf die speciell verpfändete Sache verwiesen zu werden; oder ob dem letzteren

27) *A. G. de Schröter* observatt. jur. civ. Jen. 1826. 8. obs. VI.